

Ontslagrecht in beweging

Auteurs:

Prof. mr. E. Verhulp
Prof. mr. C.L. Loonstra
mr. L.G. Verburg
mr. C.G. Scholtens
Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss

Sdu Uitgevers bv
Den Haag, 2004

“Alles went nu eenmaal, ook een gebrekkig, onduidelijk, omslachtig en inconsistent ontslagrecht.”¹

5 ADO en STAR, de discussie gaat verder

G.J.J. Heerma van Voss²

Exact drie jaar geleden, op 15 november 2000, heeft de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel, ook wel aangeduid als ‘ADO’ of Commissie-Rood, advies uitgebracht over het ontslagrecht. In dat advies werd voorgesteld af te stappen van het duale stelsel van ontslagrecht en van de preventieve toetsing van ontslagen door de overheid. Op 15 juli 2003, vandaag precies vier maanden geleden, bracht de Stichting van de Arbeid hierover in reactie een afwijzend advies uit.

In deze inleiding zal op beide adviezen worden ingegaan en tevens op de vier punten waarop de discussie op dit congres zich toespitst: de relatie tussen ontslagrecht en sociale zekerheid, de relatie tussen ontslagrecht en vermogensrecht, de ontbindingsprocedure en de ontslagvergoeding.

5.1 Preventieve toetsing

Onlangs hoorde ik op de radio een reclamespot waarin Hans de Boer aan het woord kwam, de voormalig voorzitter van MKB Nederland, de organisatie van het midden- en kleinbedrijf. Hij deelde mee dat hij inmiddels weer ondernemer was en in die hoedanigheid merkte dat hij altijd gelijk had gehad in zijn standpunt dat het arbeidsrecht (en het ontslagrecht in het bijzonder) veel te ingewikkeld was.

Toen ik dat hoorde, brak mijn klomp. Want was het niet het MKB dat in de Stichting van de Arbeid één van de grote tegenstanders was van het advies van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel (ADO)? Weinig organisaties klagen zo luid over het te veel aan bureaucratie, ambtenaren en regels, maar als wordt voorgesteld om daarin te schrappen kiest men toch maar liever voor vergaande overheidsinterventie.

En afgelopen maandagavond hoorde ik Loek Hermans, de opvolger van De Boer, voor de radio verkondigen dat het zo’n groot probleem was dat het ontslag om bedrijfseconomische redenen zo lang duurt. Het midden- en kleinbedrijf zou niet snel tot ontslag over gaan, maar als het dan nodig was, moest het ook snel kunnen en daar schortte het aan. Ook dat bevreemde mij. Want was het niet het MKB dat, samen met de andere leden van de Stichting van de Arbeid, schreef:

“(...) er zijn geen duidelijke aanwijzingen dat het Nederlandse wettelijke ontslagstelsel als zodanig de werking van de arbeidsmarkt ongunstig zou beïnvloeden.”³

1 P. F. van der Heijden, “Een nieuw en beter ontslagrecht”, in: *SMA* 2001, p. 87-92, 92.

2 Hoogleraar sociaal recht, Universiteit Leiden.

3 STAR, *Advies Commissie Rood*, Den Haag: STAR 15 juli 2003, p. 5.

De reden voor instelling van de ADO was overigens niet alleen dat het ontslagrecht belemmeringen met zich brengt op de arbeidsmarkt. Een andere belangrijke reden lag in het ondoorzichtige karakter van het ontslagrecht met zijn dubbele toetsing door overheid en rechter, preventief en repressief, ontbinding naast opzegging, publiekrecht naast privaatrecht. Eén van de doelstellingen van het ADO-advies was het creëren van een transparant en begrijpelijk stelsel. Daartoe werd voorgesteld de publiekrechtelijke preventieve toetsing te vervangen door een privaatrechtelijke, door de werkgever te organiseren hoorzitting. Daarna zou de werkgever de arbeidsovereenkomst kunnen opzeggen, conform de regeling bij andere overeenkomsten naar burgerlijk recht. In de bescherming van de werknemer werd voorzien door privaatrechtelijke waarborgen, gekoppeld aan privaatrechtelijke handhavingsinstrumenten. Volgens het voorstel zou de werknemer bij de hoorzitting worden bijgestaan door een medewerker van de vakbond of een andere rechtshulpverlener. Zo nodig zou de werknemer in een voorlopige voorzieningsprocedure snel een rechterlijk oordeel kunnen vragen. De mogelijkheid van ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen zou worden teruggedrongen. De ontslagvergoeding werd volgens het voorstel wettelijk geregeld, zonder deze echter tot in detail vast te leggen.

Hoe reageert de STAR hierop? De Stichting acht het feit dat de overheid de preventieve toets uitvoert geen principiële kwestie (p. 4). De huidige preventieve overheids-toets en de ontbindingsprocedure voorzien in een snelle beslissing over de redelijkheid van het ontslag. De mogelijkheid van een voorlopige voorziening in plaats van de preventieve toets biedt in de ogen van de Stichting onvoldoende waarborgen voor werknemers. "Niet alleen is het de werknemer die daartoe het initiatief moet nemen, maar het verzoek om een voorlopige voorziening heeft bovendien in de voorstellen van de commissie-Rood niet van rechtswege schorsende werking ten aanzien van de opzegging (en het verloop van de opzeggingstermijn) totdat de rechter ten gronde over de redelijkheid van de opzegging heeft beslist. Een en ander verdraagt zich moeilijk met de notie dat de opzegging moet berusten op een redelijke en (bij betwisting door de werknemer) door de werkgever aannemelijk te maken grond", aldus de Stichting (p. 6). De Stichting is dus van mening dat de werknemer onvoldoende wordt beschermd wanneer de opzegtermijn al gaat lopen voordat een uitspraak over de redelijkheid van ontslag is gedaan. Daarbij ziet de Stichting voorbij aan de huidige ontbindingspraktijk waarin van een dergelijke opzegtermijn geen sprake is. Daarnaast voert de Stichting aan dat voor de werkgever de onzekerheid over de geldigheid van een ontslag kan blijven bestaan omdat de mogelijkheid van (voorwaardelijke) ontbinding wordt uitgesloten. Daarbij verliest de Stichting uit het oog dat het ADO-advies op andere wijze voorzag in mogelijk te zware gevolgen van de nietigheidssanc-tie, namelijk de mogelijkheid om deze te vervangen door een schadevergoeding, in feite hetzelfde wat nu wordt bereikt met een voorwaardelijke ontbinding.

De stelling dat de werknemer wordt beschermd door het BBA-stelsel was aanvankelijk juist, maar in de loop der tijd is dit geworden tot een mythe. De mythe heeft zelfs zodanige proporties aangenomen dat het idee is gaan leven dat andere vormen

van ontslagbescherming dan preventief toezicht niet effectief zouden kunnen zijn. Andere landen zouden een inferieur stelsel hebben. Degenen die daar zo over denken, zouden eens moeten nadenken over ons eigen ambtenarenrecht. In dit rechtsgebied woedt een al even hoogoplopende discussie over de vraag of normalisering van de ambtelijke arbeidsverhouding zo ver moet gaan dat de ambtenaar zijn aparte status verliest en wordt aangesteld op basis van het civielrechtelijke arbeidsrecht. Een overeenkomst tussen de Vereniging van Universiteiten (VSNU) en de ambtenarencentrales in die richting werd weer opgezegd, toen bleek dat de achterban van de vakbonden wenste vast te houden aan de ambtelijke status. Bij navraag bleek de reden daarvoor met name te zijn dat men sterk hechtte aan de ontslagbescherming van de ambtenaar. En laat die bescherming nu eens de vorm hebben van een repressief toezicht door de rechter! De Nederlandse ambtenaar heeft heel goed in de gaten dat hij het niet van het preventieve toezicht van de CWI moet hebben.

Ten aanzien van de bescherming van zwakke groepen is kritiek geleverd op de conclusies van de ADO dat de stelling dat deze groepen door de preventieve toets extra worden beschermd niet blijkt uit onderzoek. De kritiek hierop komt er echter vooral op neer dat de commissie *niet* kan aantonen dat de zwakke groepen *niet* worden beschermd.⁴ Dit is echter een omkering van de bewijslast. ADO heeft slechts vastgesteld dat het nut van de procedure voor de zgn. zwakke groepen niet is aangetoond.⁵

De Stichting besteedt in haar advies geen aandacht aan het vraagstuk van de rechtmatigheid van de BBA-procedure. Het is wel interessant dat de Stichting opmerkt "dat de toetsing op kennelijke onredelijkheid van artikel 7:681 BW in de praktijk een nagenoeg volledige toetsing op redelijkheid is geworden" (p. 10). Maar wat er ook van die stelling zij, dat neemt niet weg dat de sanctie op kennelijk onredelijk ontslag geen vernietiging van het ontslag inhoudt. En dit brengt mee dat er geen volledig redres mogelijk is van procedurefouten die worden gemaakt door de CWI. De stelling dat de CWI-procedure in strijd is met het EVRM, wordt door de Stichting niet besproken, wellicht omdat weerlegging van die stelling moeite zou hebben gekost. Als de regering het advies van de STAR overneemt en we dus blijven zitten met een ondoorzichtig ontslagrecht in al zijn door Verhulp geschetste absurditeiten, dan blijft juridisch gezien de mogelijke strijdigheid van de BBA-procedure met het EVRM boven de markt hangen. Het wachten is dan op het moment dat een, na procedurefouten bij de CWI, ontslagen werknemer de moeite neemt om zijn zaak voor te leggen aan het Europese Hof voor de Rechten van de Mens te Straatsburg. Langs deze

4 Zie met name R. Knecht, "De ontslagtoets en bescherming van werknemers: pretentie of preventie", *SMA* 2001, p. 93-96.

5 De stelling dat het preventief toezicht indirect effect heeft, wordt in voetnoot 9 van het genoemde artikel van Knecht gebaseerd op een dossieronderzoek uit 1984-'85 waarop overigens methodisch veel valt af te dingen. Zo wordt afgegaan op vermeldingen in ontbindingsdossiers van eerdere vergunningsaanvragen. De problematiek van het formeel verweer maakt dit echter onbetrouwbaar.

weg kan de kwaliteit van de CWI-procedure nog steeds principieel ter discussie worden gesteld.

Het is wellicht te veel gevraagd van de regering om tegen een unaniem advies van de Stichting van de Arbeid in te gaan, zeker op het moment dat er al genoeg problemen op sociaal-economisch gebied liggen, ook al zou het dan eigenlijk moeten omdat het ontslagrecht een onnodige kostenfactor vormt die we ons in deze moeilijke economische tijd niet kunnen permitteren. Daarmee bedoel ik niet dat de ontslagbescherming van werknemers zou moeten worden ingeperkt. Bezuinigen op ontslagprocedures is mogelijk, zonder dat dat hoeft te leiden tot een onevenwichtig ontslagrecht.

Hoe het ook zij, het ontslagrecht zal onderwerp van discussie blijven. Het huidige stelsel heeft de neiging steeds ingewikkelder te worden. Recentelijk is dit weer uitgebouwd met de procedure waarbij het UWV een ontbinding van een arbeidsovereenkomst door de kantonrechter wegens gewichtige (bedrijfseconomische) redenen opnieuw laat toetsen door de CWI. Het huidige stelsel is dermate gecompliceerd dat elke nieuwe ontwikkeling (in dit geval een groter aantal bedrijfseconomische beëindigingen via de kantonrechter) weer noopt tot verdere uitbreiding van het aantal regels. Op den duur wordt het stelsel vanzelf topzwaar. Als dat punt in de ogen van de sociale partners thans nog niet is bereikt, dan rest slechts de vraag wanneer het ook hen te veel wordt. Het ADO-rapport en het wetsvoorstel zoals dat aan de hand van het ADO-rapport door de werkgroep ontslagrecht van de Vereniging voor Arbeidsrecht is opgesteld,⁶ zullen in de komende jaren ten minste op de achtergrond blijven bestaan als model hoe het anders en beter kan en als ijkpunt voor ontwikkelingen in het ontslagrecht. Tegelijkertijd zullen werkgevers voorlopig niet overtuigen met bezwaren tegen de rol van de overheid in het ontslagrecht, nu zij daar zelf mee blijken in te stemmen. Vakbonden zullen aan hun achterban de mythe moeten blijven verkopen dat de CWI-procedure de werknemers beschermt tegen onrechtvaardig ontslag, terwijl de werkelijke functie van de CWI-procedure is dat de werkgever op kosten van de gemeenschap wordt geadviseerd hoe hij zich bij ontslag moet indekken tegen juridische procedures. Indien de sociale partners het preventief toezicht zo van belang achten, waarom financieren zij dit dan niet zelf? Waarom zou de overheid nog jarenlang vele ambtenaren belasten met deze taak, die er feitelijk op is gericht om het bedrijfsleven de kosten te besparen van het zelf inrichten van zorgvuldige procedures? Kunnen we dat ons als samenleving in deze tijd nog veroorloven, terwijl wij nog steeds een financieringstekort hebben, ministeries grote aantallen ambtenaren die wellicht wel maatschappelijk noodzakelijke taken vervullen moeten ontslaan en andere sociale voorzieningen om geld schreeuwen om tekorten aan te vullen?

Het is gemakkelijker een nieuw stelsel tegen te houden dan zelf een nieuw stelsel te ontwikkelen. Daarom is het jammer dat de Stichting van de Arbeid niet in staat is geweest om over de eigen grenzen heen te kijken en een langeretermijnvisie te ont-

6 Werkgroep ontslagrecht/C.G. Scholtens (red.), *Ontslagrecht volgens ADO*, Reeks VvA nr. 31, Deventer: Kluwer 2001.

wikkelen. Het zou echter ook zonde zijn om, nu er een alternatief op tafel ligt, daar in het geheel niets mee te doen. Mijns inziens zou het de moeite waard zijn om te bezien of het mogelijk is om een ander ontslagrecht bij experiment mogelijk te maken. Ik denk hierbij bijvoorbeeld aan een opting out-constructie. Een grote onderneming of een bedrijfstak zou bijvoorbeeld kunnen afwijken van het ontslagrecht van het BBA indien het voorzien heeft in een andere goede regeling voor ontslag, bijvoorbeeld volgens het ADO-model. Eventueel zou kunnen worden geëist dat deze in een CAO is vastgelegd of met de ondernemingsraad is afgesproken. Op die manier zou het mogelijk worden om te experimenteren met andere oplossingen, waardoor het vertrouwen groeit dat het ook anders kan.⁷

Zoals Verburg terecht heeft bepleit, zullen we intussen met de discussie verder moeten en nu het ADO-rapport op de achtergrond als uitgewerkt alternatief blijft bestaan, kunnen we niet om een aantal deeldiscussies heen die blijven prikkelen. De verschillende andere sprekers hebben deze apart belicht en het is mijn taak om nog eens aan elk onderwerp aandacht te besteden ter inleiding van de discussie in de werkgroepen. Achtereenvolgens zal ik aandacht besteden aan de relaties ontslagrecht-WW en ontslagrecht-vermogensrecht, de ontbindingsprocedure en de ontslagvergoeding.

5.2 WW en ontslagrecht

In het Stichtingsadvies komt de interessante zin voor: “Onterechte beeldvorming kan op zichzelf nooit een argument zijn om het vigerende ontslagstelsel ter discussie te stellen.” (p. 5) Maar geldt ook niet het omgekeerde, te weten dat ontterechte beeldvorming ook geen reden mag zijn om verbeteringen tegen te houden?

Het ontslagrecht wordt sterk beheerst door het beeld dat men ervan heeft. Wie werkzaam is in de praktijk van de CWI's zal denken dat zij grote invloed uitoefenen op het ontslagbeleid van ondernemingen. Wie werkzaam is op het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid zal het beeld hebben dat het ministerie via onder meer het Ontslagbesluit greep heeft op de toegang tot de WW. En menig advocaat zal menen dat als hij ontslagen maar via ontbinding door de kantonrechter afhandelt, hij – optredend voor de werkgever – wel voldoende zekerheid heeft over de beëindiging en – optredend voor de werknemer – een goede kans maakt om de cliënt tevreden te kunnen stellen met een mooie vergoeding.

Maar kijken we er van een afstandje tegen aan, dan moeten we toch vaststellen dat in het Nederlandse ontslagrecht een merkwaardige praktijk is ontstaan. Cijfers wijzen uit dat – afgezien van beëindigingsovereenkomsten – ca. 50% van alle beëindigingen van de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever geleid worden via de weg van ontbinding door de kantonrechter en niet meer zoals vroeger via toestemming door de overheid, thans de CWI. Dat moet te denken geven, als we weten dat het offi-

7 Een variant is al eens voorgesteld door L.H. van den Heuvel, “Vereenvoudiging van het ontslagrecht”, SMA 2000, p. 359-370.

ciële beleid van de wetgever is dat die laatste weg de *hoofdweg* van het ontslagrecht zou moeten zijn. Vervolgens blijkt uit ervaringen van kantonrechters dat veel meer dan 50% van die ontbindingszaken zogenaamde geregelde zaken betreffen. Dat wil zeggen: zaken waarover tussen partijen reeds overeenstemming bestaat en die uitsluitend met het oog op het zeker stellen van een WW-uitkering aan de kantonrechter worden voorgelegd. Het enorme aantal pro-formazaken maakt dat ons ontslagrecht in belangrijke mate wordt bepaald door het socialeverzekeringsrecht, in plaats van omgekeerd. Partijen en rechters worden gedwongen toneelstukjes op te voeren. Voor de ADO was dat een belangrijk motief om te zoeken naar een systeem waarbij het mogelijk zou zijn om juist die pro-formaprocedures uit te sluiten. En dat is moeilijk te verenigen met een systeem van preventieve toetsing.

Wanneer men de oorzaak van de pro-formaprocedures zoekt, dan ligt die niet in de toetsingscriteria van de WW, zoals de Stichting blijkt te denken (p. 12). Het is dan nuttig om eens na te denken waarom men in het buitenland veel minder pro-formaprocedures heeft. Het grote verschil zit in onze preventieve toetsing. De uitvoeringsorganen van de sociale zekerheid zijn bij ons jarenlang verwend geweest door het BBA-stelsel. Dit ontlastte hen van de verplichting om zelfstandig onderzoek te doen naar de verwijtbaarheid van ontslag. Het maakte het zelfs mogelijk om deze toets niet tot een marginale te beperken, maar tot een integrale toets te maken, uitgevoerd door het arbeidsbureau. Willen we hiervan af, dan zullen we er aan moeten wennen dat het UWV de toets zelf moet uitvoeren en dat die toets, om een al te starre arbeidsmarkt te voorkomen, marginaal van aard moet zijn. Voor veel practici in ons arbeidsrecht is de in vijftig jaar gegroeide uitvoeringspraktijk van de WW zo sterk verankerd, dat men zich nauwelijks meer van het hier en nu kan losmaken. En elke wijziging van het ontslagrecht roept onmiddellijk de vraag op: wat betekent dit voor de WW? Daarbij is dan de impliciete veronderstelling dat de uitvoeringspraktijk van de WW niet voor verandering vatbaar is. Zo stelt de STAR in haar advies tot tweemaal toe dat het niet onaannemelijk is dat in het ADO-voorstel "het UWV veelal een eigen onderzoek zal moeten instellen." (p. 6 en 10). Dit schijnt ongeveer het ergst denkbare te zijn. En daaruit concludeert de STAR wederom tweevoudig "dat het voorstel van de commissie-Rood geen verlichting van de pro-formaproblematiek oplevert." (p. 10 en 12). Uit deze passages blijkt dat de STAR het voorstel van de commissie-Rood niet volledig op zijn consequenties voor de WW heeft doordacht. Want enerzijds is het juist dat het UWV in de voorstellen een eigen onderzoek zal moeten instellen – er is immers geen CWI meer die dat voor hem doet. Maar anderzijds zal dat onderzoek – omdat het zich kan beperken tot een marginale toets – veel minder ingrijpend behoeven te zijn dan het onderzoek zoals dat thans door de CWI formeel moet worden uitgeoefend. En daarom zou het ADO-voorstel nu juist wél het einde kunnen betekenen van de pro-formaproblematiek. Zou dat betekenen dat er opeens veel meer mensen in de WW zouden komen omdat de toetsing door de CWI wegvalt? Dat zal wel meevallen, met name omdat ook nu reeds werkgever en werknemer heel goed weten hoe iemand in de WW moet worden geloodst. Het enige dat wij zouden opgeven, zou de illusie zijn dat wij dankzij het stelsel van preventieve toetsing mis-

bruik van de WW voorkomen. De nieuwe, reeds gememoreerde, UWV-procedure om bepaalde aanvragen van werknemers voor een WW-uitkering na een ontbindingsprocedure alsnog ter toetsing voor te leggen aan de CWI past in de geest van deze illusie. Ik beschouw het als een achterhoedegevecht, dat het kunstmatige van het huidige ontslagstelsel nog slechts accentueert.

Ik hoop dat er in de desbetreffende werkgroep over zal worden gediscussieerd op welke wijze een aanpassing van de WW en de uitvoeringspraktijk ertoe kan leiden dat de WW een minder grote invloed heeft op het ontslagbeleid.

5.3 Ontslagrecht en vermogensrecht

Kijken we naar de plaats van het ontslagrecht in het burgerlijk recht, dan is deze ook uiterst problematisch. Loonstra heeft de aandacht nog eens gevestigd op de stelling van de Hoge Raad dat ons ontslagrecht een ‘gesloten stelsel’ zou zijn. Anders dan de Hoge Raad zegt Loonstra erbij ‘in beginsel’, waarschijnlijk omdat hij weet dat ons ontslagrecht helemaal geen gesloten stelsel is. En wel juist door toedoen van de Hoge Raad. Want door de aanvaarding van de mogelijkheid van een rechtsgeldige ontbindende voorwaarde heeft de Hoge Raad het ontslagstelsel opengemaakt. Nu kan men zeggen dat dit een beperkte mogelijkheid is, want een ontbindende voorwaarde is niet zo snel rechtsgeldig. Maar er is hierdoor wel rechtsonzekerheid in ons ontslagrecht gebracht. Daarnaast kun je je ook afvragen wat de betekenis is van een ‘gesloten stelsel’ van ontslagrecht als je aan een grond voor ontslag uitsluitend de eis van redelijkheid stelt. De grond van ‘gewichtige redenen’ voor ontbinding wordt door kantonrechters zo ruim uitgelegd, dat deze toets niet meer zwaarder is dan de ‘redelijke grond’ van het Ontslagbesluit, of misschien zelfs nog wel lichter. Maar ook overigens is ons ontslagrecht open sinds de invoering van het nieuwe BW, omdat als gevolg van de gelaagde structuur van dit wetboek Boek 3 en 6 BW kunnen doorwerken in het ontslagrecht.

Nu wil Loonstra in zijn stelling weer een beperking aanbrengen in het open karakter van het ontslagrecht, door de toepassing van bepalingen uit boek 3 en 6 BW in het ontslagrecht aan voorwaarden te binden. Zij zouden slechts kunnen doorwerken indien:

- de regeling in boek 7 titel 10 BW geen regeling of daarop lijkende regeling bevat en
- de bepaling uit boek 3 of 6 BW niet indruist tegen de belangen van de werknemer.

Dit is interessant als we deze stelling toepassen op de ontbindende voorwaarde. Bevat boek 7 titel 10 BW reeds een regeling of daarop lijkende regeling, nu deze titel de ontbindende voorwaarde in geval van huwelijk en zwangerschap uitsluit? Of nu deze titel een bepaalde ontbindende voorwaarde in uitzendovereenkomsten toelaat (art. 7:691 BW)? Ik denk het niet, want dit zijn beide bijzondere ontbindende voorwaarden, maar de discussie wordt lastig. En druist een ontbindende voorwaarde in tegen de belangen van de werknemer? Dat zal met name zo zijn als de werkgever de ontbindende voorwaarde inroept, maar niet als de werknemer dat doet. Men kan dus

zeggen: ontbindende voorwaarden zijn niet acceptabel, want meestal zullen zij toch door de werkgever worden ingeroepen: deze heeft ze vaak geformuleerd en zal ze eerder gebruiken. Dan zou een ontbindende voorwaarde dus volgens de stelling-Loonstra niet kunnen. Of men zou kunnen zeggen: bij een ontbindende voorwaarde moet per geval worden bekeken tegen wiens belangen deze indruist. Of: dit wordt pas uitgemaakt op het moment dat de voorwaarde wordt ingeroepen. Een bron dus van veel onzekerheid. Maar los van de onzekerheid over de interpretatie van de regel, lijkt het me ook meer principieel onjuist dat we een rechtsregel zouden introduceren die inhoudt dat boek 3 en 6 BW wel gelden als dit in het belang is van de werknemer en niet als dit in het belang is van de werkgever. Dit zou leiden tot een onevenwichtige regeling, waarbij de werknemer wel de lusten, maar niet de lasten van het algemeen vermogensrecht zou dragen. Een werkgever zou zich niet op dwaling, bedrog of tekortkoming van de wederpartij mogen beroepen, maar een werknemer wel.

De inpassing van het ontslagrecht in het BW heeft daarmee nog steeds veel complicaties. We weten niet precies in welke gevallen de algemene regeling van het vermogensrecht van toepassing is. Maar dit is inherent aan het open systeem van ons privaatrecht.

Loonstra heeft in zijn inleiding ook aandacht besteed aan de proeftijd en het ontslag op staande voet. Hij constateerde dat door ADO niet is voorgesteld deze procedures af te schaffen. In dit licht moet worden opgemerkt dat het ontslag op staande voet in het ADO-voorstel in de eerste plaats wel wordt veranderd, in die zin dat ADO heeft voorgesteld hiervoor ook een hoorprocedure verplicht te stellen. Daarnaast is van belang dat met zo'n hoorprocedure het ontslag op staande voet in het ADO-voorstel een veel beperkte betekenis heeft dan in het huidige ontslagrecht. In het ADO-voorstel is het voornaamste verschil tussen een ontslag op staande voet en een regulier ontslag dat de werkgever geen loon betaalt over de opzegtermijn (en dat de werknemer tijdens die termijn niet langer behoeft te werken). De werknemer die het ontslag op staande voet aanvecht, doet dat op dezelfde manier als het aanvechten van een regulier ontslag. Leidt deze procedure tot de uitkomst dat het ontslag ten onrechte op een dringende reden is gebaseerd, maar overigens wel in stand blijft, dan bepaalt de rechter daarmee dat de werknemer alsnog recht heeft op loon over de opzegtermijn en eventueel een ontslagvergoeding. Is er in het geheel geen reden voor ontslag, dan wordt het ontslag vernietigd en behoudt de werknemer recht op loon. De werknemer zal hierover waarschijnlijk snel duidelijkheid vragen in een voorlopige voorzieningsprocedure. Hierin ligt niet veel verschil met de huidige situatie.

Wat betreft de proeftijd zou het contract voor bepaalde tijd het alternatief zijn. In wezen wordt dit al veelvuldig als alternatieve proeftijd gebruikt. Het aantal toegestane contracten voor bepaalde tijd is echter beperkt, nog afgezien van de problemen rond tussentijdse opzegging daarvan. We kunnen ons inderdaad afvragen of de huidige proeftijd van één à twee maanden nog een effectieve proef mogelijk maakt. Anderzijds zou een verlenging van deze periode vragen om meer rechtsbescherming van de werknemer tijdens de proeftijd. Bijvoorbeeld het recht om dan het loon over de hele

proeftijd betaald te krijgen bij tussentijds ontslag of een opzegtermijn van bijvoorbeeld een maand of twee weken. Al met al zouden ook dergelijke alternatieven de zaak niet eenvoudiger maken.

Het ontslagrecht is inmiddels zo ingewikkeld geworden dat de samenloop van diverse bepalingen voor problemen zorgt. De werkgroep ontslagrecht van de Vereniging voor Arbeidsrecht heeft in de uitgave *Ontslagrecht volgens ADO* een poging gedaan om ook het sanctiestelsel in het ontslagrecht te vereenvoudigen. Wellicht zou het overweging verdienen om nog eens te laten onderzoeken of ook bij handhaving van het BBA-stelsel enige vereenvoudiging in het sanctiestelsel van het ontslagrecht – conform de lijnen uiteengezet in het rapport van de werkgroep ontslagrecht – mogelijk zou zijn.

5.4 De ontbindingsprocedure

Verburg heeft aandacht gevraagd voor de ontbindingsprocedure. Hij sprak nu eens niet over de daarbij toegekende vergoedingen, maar onder meer over hoger beroep en de Baijings-leer.

Het ontbreken van hoger beroep heeft voor de praktijk enerzijds het voordeel dat er snel een definitieve beslissing wordt gegeven, doch heeft anderzijds het nadeel dat er nauwelijks toezicht is op de praktijk van kantonrechters. Weliswaar heeft de kantonrechtersformule meer richting gegeven aan de hoogte van de vergoedingen, maar redres van fouten is in beginsel niet mogelijk.

De Stichting van de Arbeid herinnert nog eens aan het eerder door de SER in 1988 en door de STAR in 1996 gedane voorstel van partieel hoger beroep, dat toen als gevolg van weerstand bij de rechterlijke macht niet is ingevoerd (p. 12). Uit voetnoot 26 bij het advies blijkt nog eens dat de Stichting verdeeld is over de vraag of de bezwaren tegen haar systeem kunnen worden ondervangen en over de wenselijkheid van het alsnog introduceren van een passende hogerberoepsvoorziening.

Tegelijkertijd wordt juist om die reden op allerlei manieren geprobeerd om openingen te vinden voor aanvullende vergoedingen. De Baijings-rechtspraak is daartegen gericht, maar kan niet alles uitsluiten. De neiging om steeds nieuwe wegen te zoeken om ontslagvergoedingen in de wacht te slepen, doet vermoeden dat de huidige ontbindingspraktijk toch niet zo ideaal is, met name in gevallen waarin het misgaat. De stelling van Verburg dat de Baijings-rechtspraak ruim moet worden uitgelegd kan ik wel delen, maar ik ben benieuwd hoe daarover in de werkgroep zal worden gesproken.

5.5 De ontslagvergoeding

De Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel had zich uitgesproken tegen een wettelijke regeling van de *hoogte* van de ontslagvergoeding. Wel zou de wet enige aanknopingspunten hiervoor dienen te geven. Het bezwaar van de Commissie tegen het vastleg-

gen van de hoogte was dat dit een schijnzekerheid zou meebrengen, omdat er behoefte zou bestaan aan het meewegen van de omstandigheden van het geval. Een wettelijke regeling zou ook een ongewenst fixerende werking hebben. Ten onrechte zou de suggestie worden gewekt dat bij ieder ontslag recht bestaat op een vergoeding. Ten slotte zou een en ander juridisch-technisch zeer complex zijn.

Helaas laat de Stichting zich op dit punt nauwelijks uit. Alleen in voetnoot 9 wordt droog opgemerkt dat binnen de Stichting over de vigerende ontslagvergoedingenpraktijk uiteenlopend wordt gedacht. Dat is jammer, omdat juist op dit punt een discussie uiterst zinvol lijkt. Wij lezen in de pers dat de werkgevers organisatie VNO/NCW klaagt over de te hoge vergoedingen. MKB Nederland laat zich ook hierover in de publiciteit niet onbetuigd. De ontslagvergoedingenpraktijk heeft een grote vlucht genomen, onder meer door de invloed van de kantonrechtersformule. In het recente sociaal akkoord is de regering weerhouden van het korten van vergoedingen op de WW-uitkering. Dus het houdt de leden van de Stichting wel bezig. Maar er is kennelijk geen aanleiding daarover een advies uit te brengen.

Scholtens heeft in zijn betoog wederom aandacht gevraagd voor de rechtsgrondslag van de ontslagvergoeding. Mijns inziens ligt die allereerst in wat in het bestuursrecht heet 'nadeelcompensatie'. Het besluit tot ontslag is een ondernemingsbelang, maar ook de redelijke belangen van de werknemer dienen in het besluit te worden verdisconteerd. Daarom dient het nadeel van de werknemer te worden gecompenseerd. Dit nadeel betreft het verlies van de baan (immateriële component) en de mogelijke inkomensachteruitgang. Dit geldt uiteraard niet indien de reden voor ontslag overwegend voor risico van de werknemer komt. Gelet op ons stelsel van opzegtermijnen en WW-uitkeringen biedt deze grond voor zover het gaat om inkomensbescherming echter geen rechtvaardiging voor de hoogte van de ontbindingsvergoedingen volgens de kantonrechtersformule. Een rechtvaardiging daarvoor kan mijns inziens liggen in het feit dat door ontbinding de normale ontslagbescherming komt te vervallen: bij ontbinding worden immers de (gewoonlijk zwaardere) toetsing door de CWI, de toepassing van opzegverboden en de opzegtermijnen afgekocht. In dit verband is de gedachte van Verhulp interessant, dat de vergoeding dient te worden ingezet ter bekorting van de duur van de werkloosheid.

De door Loonstra aangevoerde rechtvaardiging voor ontslagvergoedingen zijn:

- trouwe dienst moet worden beloond;
- bedrijfsresultaat komt ook de werknemer toe;
- op de werkgever rusten postcontractuele zorgplichten.

Deze gronden deel ik niet. Het trouwe dienst-argument is mijns inziens op zichzelf niet een reden voor een vergoeding. Het kan wel een reden vormen waarom de ontslaggrond mede voor risico van de werkgever komt, en tevens van belang zijn voor de berekening van de hoogte van de vergoeding. De redenering kan dan zijn dat naarmate de werknemer langer in dienst is, de werkgever een grotere verantwoordelijk-

heid draagt voor de compensatie van het nadeel van het ontslag. Of het bedrijfsresultaat de werknemer toekomt is zo in het algemeen de vraag. Een arbeidscontract houdt dit niet automatisch in. Het lijkt me primair iets dat in de beloning tot uitdrukking zou moeten komen. Postcontractuele zorgplichten heeft de werkgever in mijn ogen wel, maar dit houdt niet automatisch een recht op vergoeding in. De gronden van Loonstra zouden leiden tot een recht op vergoeding bij elk ontslag. Mijns inziens is dat niet alleen geen geldend recht, maar ook geen wenselijk recht. Het voornaamste bezwaar daartegen is dat dit past in een stelsel waarin ontslag steeds mogelijk is zonder toetsing van de grond. In dat geval zou pas echt de bijl aan ons stelsel van ontslagrecht worden gelegd. Het miskent de immateriële waarde van het behoud van een baan en het belang dat een werknemer kan hebben om daarvoor te vechten.

Aan het eind van zijn bijdrage noemde Scholtens vier varianten van normering van ontslagvergoedingen:

- geen normering;
- normering via aanbevelingen;
- normering bij CAO;
- wettelijke normering.

Hij noemt daarbij nog niet de variant van normering bij code. Toch is die juist actueel, nu ook de commissie-Tabaksblat heeft voorgesteld de ontslagvergoedingen van bestuurders van naamloze vennootschappen te beperken tot één jaarsalaris. Ondernemingen die het anders willen doen, zouden dat moeten motiveren. Het is niet ondenkbaar dat deze ontwikkeling ook de gedachte zal oproepen dat een dergelijke beperking ook voor andere werknemers zou kunnen gelden.

Het laatste woord is nog niet gesproken over de hoogte van de kantonrechtersformule, zeker niet omdat deze in goede tijden tot stand is gekomen. In toenemende mate doen werkgevers een beroep op een gebrek aan financiële middelen om de vergoeding volgens de ABC-formule te kunnen betalen ('Habe nichts/wenig'-verweer). In sociale plannen wordt onderhandeld over de hoogte van vergoedingen. In buitenlandse stelsels zijn de vergoedingen dikwijls minder hoog dan in Nederland. Alle reden voor verder onderzoek en verdere discussie over dit onderwerp.